



University of Groningen

Het ABGB en het natuurrecht

Brandsma, F.

Published in:
Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2011

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Brandsma, F. (2011). Het ABGB en het natuurrecht. Groninger Opmerkingen en Mededelingen, XXVIII, 115-122.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Het ABGB en het natuurrecht

1.

Het Oostenrijkse Burgerlijk Wetboek is, voor zover mij bekend, het enige burgerlijk wetboek dat onder de te hanteren rechtsbronnen het natuurrecht telt. Paragraaf 7 van het Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, kortweg het ABGB, bepaalt namelijk wat de rechter te doen staat wanneer hij niet door middel van interpretatie van het wetboek tot een beslissing kan komen. In de eerste plaats dient hij dan te trachten naar analogie tot een beslissing te komen. Als ook dat niet werkt dan mag hij vervolgens terugvallen op de 'natürlichen Rechtsgrundsätze' om een beslissing te nemen. De paragraaf luidt in zijn geheel als volgt.

§ 7

Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.

De wetgever van 1811 had zich met de woorden 'natürlichen Rechtsgrundsätzen' het natuurrecht voorgesteld. De huidige rechtspraak en doctrine vatten deze woorden echter op als een verwijzing naar de algemene 'Wertprinzipien' die aan de Oostenrijkse rechtsorde ten grondslag liggen.¹ De verwijzing naar het natuurrecht wordt als een slag in de lucht beschouwd, omdat 'dieses – soweit man es überhaupt anerkennen will – nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellbar ist.'² Men geneert zich kennelijk voor deze bepaling en poogt uit alle macht om de schijn te vermijden dat er in Oostenrijk op grond van het natuurrecht recht wordt gesproken.³ Dat gaat zelfs zo ver dat de rechtspraak in

¹ Vgl. bijv. H. Koziol, R. Welser, A. Kletečka, *Grundriß des bürgerlichen Rechts I* (Wenen 2006¹³), p. 30 e.v., en F. Bydlinski in: P. Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I* (Wenen 2000³), ad § 7, met verdere verwijzingen.

² Koziol-Welser, *l.c.*

³ Een van de weinige positieve geluiden die ik gelezen heb, komt van M. Wellspacher, die spreekt van 'eine gewaltige Errungenschaft in Bezug auf die Rechtsstellung des Richters' en van 'ein Palladium der hohen Aufgaben von Wissenschaft und Praxis' ('Das Naturrecht und das ABGB', in: *Festschrift zur*

sommige gevallen een omweg bewandelde en een beroep deed op het zogeheten 'Kundmachungspatent' van het ABGB van 1 juni 1811.⁴ Daarin is sprake van de 'allgemeinen Grundsätze der Gerechtigkeit'. Een andere omweg liep via een herinterpretatie van de natuurlijk rechtsbeginselen. Daaronder werd wel verstaan 'das zu einer bestimmten Zeit herrschende, von den logischen Denkgesetzen getragene Rechtsbewußtsein des Volkes'.⁵ Van de regen in de drup.

Een korte schets van de omgang van de Oostenrijkse doctrine en rechtspraak met dit opmerkelijke artikel uit het ABGB moge dienen als eerbetoon aan dit wetboek dat dit jaar zijn tweehonderdjarige verjaardag viert.⁶

2.

Het vraagstuk van de opvulling van leemten in een wet heeft een zeer bekend artikel opgeleverd en wel art. 1 van het Zwitserse Zivilgesetzbuch van 1912. Dat artikel bepaalt dat de rechter, in het geval hij een leemte in het wetboek vaststelt deze mag opvullen met de regel die naar zijn oordeel de wetgever zou hebben opgesteld als deze de leemte had onderkend. Over dit artikel zijn al vele bladzijden volgeschreven. Veel minder bekend is dat het Oostenrijkse wetboek een eeuw eerder al een poging deed te voorzien in een regeling voor de opvulling van leemten. De reden daarvoor kan wel eens gelegen zijn in de verlegenheid van de Oostenrijkse rechtsgeleerden met dit artikel, die er toe heeft geleid dat zij er weinig ruchtbaarheid aan hebben gegeven.⁷

Dat het artikel daadwerkelijk tot doel had het natuurrecht te verheffen tot subsidiaire rechtsbron voor het geval de wet zweeg, blijkt uit opmerkingen van de belangrijkste redacteur van het ABGB, Franz von Zeiller. Op 21 december 1801 sprak Zeiller tot de redactiecommissie van het ABGB over het vraagstuk van de volledigheid van het wetboek. Het burgerlijk wetboek moet volledig zijn, aldus Zeiller. Er moet zich geen geval kunnen voordoen, dat zich niet laat beslissen op grond van het wetboek en de daarin vervatte bepalingen. De wetgever dient van de algemene beginselen van het recht uit te

Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Juni 1911, dl I, Wenen 1911, p. 184.

Vgl. verder in het algemeen nog C. Schott, *'Rechtsgrundsätze' und Gesetzeskorrektur, Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln*, Berlijn 1975, p. 97 e.v., en F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wenen 1982 (2^e druk 1991), p. 480 e.v.

⁴ *Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen (SZ)* 47/nr 104 (uitspraak van 7 oktober 1974).

⁵ OGH, in: J. Glaser en J. Unger, *Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofes*, Neue Folge, (GIUNF) 7335 (uitspraak van 2 maart 1915).

⁶ Vgl. B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt (Hg.), *200 Jahre ABGB (1811-2011), Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext*, Frankfurt a. M. 2012.

⁷ Vgl. bijv. Th. Mayer-Maly, 'Die natürlichen Rechtsgrundsätze als Teil des geltenden österreichischen Rechts', in: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen*, Gedächtnisschrift für René Marcic, Berlijn 1983, p. 853 e.v.

gaan bij het opstellen van de artikelen. Die artikelen dienen algemene en duidelijke begrippen te bevatten. 'Wenn er denkende und zu denken fähige Richter bestelle und ihnen gestatte, in der Anwendung stufenweise zur nämlichen Urquelle, von welcher er selbst bei der Abfassung des Gesetzes ausgegangen ist, zurückzukehren, - dann dürfte man hoffen, daß der Beschwerden über die Unvollständigkeit der Gesetze nur wenige sein werden.'⁸ Deze oerbron was volgens Zeiller het verstand en de ervaring, 'die Vernunft' en 'die Erfahrung'. De mens als verstandig, vrij handelend wezen, dient zich in een samenleving beperkingen van zijn vrijheid te laten welgevalen, in die mate dat alle overige leden van de samenleving naast hem ook als verstandige, vrij handelende wezens kunnen bestaan. 'Diese unleugbare Forderung der Vernunft drücke den höchsten und vollständigsten Begriff alles Rechtes aus... Aus diesem angeborenen Rechtsbegriffe flössen alle angeborenen oder durch Facta erworbenen Rechte, die uns der weise Weltregierer durch die Vernunft gegeben habe.'⁹ Het verstand en het aangeboren rechtsbegrip, het zijn duidelijk verwijzingen naar het natuur- of Vernunftrecht, zoals dat in de achttiende eeuw in zwang was.¹⁰

Het natuurrecht raakte echter al snel na de invoering van het ABGB uit zwang. Niet in de laatste plaats Savigny en zijn Historische School was hiervoor verantwoordelijk. Savigny was een verklaard tegenstander van het natuurrecht. Zijn oordeel over de natuurrechtelijke codificaties van zijn tijd, waaronder het ABGB, was dan ook vernietigend.¹¹ Het begrip van een voor iedereen en altijd gelijkelijk geldend recht, voor eeuwig vastgelegd in een codificatie, was volledig in tegenspraak met zijn opvatting van het recht als een historisch verschijnsel dat een organische groei onderging en vanuit een eenvoudig begin zich steeds verder ontwikkelde en verfijnde. Dat stond haaks op een willekeurig door een wetgever opgelegd recht dat de pretentie had onveranderlijk te zijn. Het Romeinse recht, bestudeerd in zijn historische ontwikkeling en systematische samenhang, was naar zijn opvatting veel geschikter om als geldend recht te fungeren. Savigny's opvattingen kregen de overhand en dat bracht de laatste vertegenwoordiger van de natuurrechtelijke school in Oostenrijk er toe in 1856 vast te stellen dat het mode was geworden op de rechtsfilosofie 'scheel herabzublicken' en zich voor het natuurrecht te schamen als een ongepaste jeugdige vergissing.¹² De eerste vertegenwoordiger van de Historische School in Oostenrijk, Unger,

⁸ Gecit. n. S. Dniestrzański, 'Die natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7 ABGB)', in: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Juni 1911*, dl II, Wenen 1911, p. 3 e.v., die verwijst naar L. Pfaff en F. Hofmann, *Exkurse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht*, I (Wenen 1877), p. 42 e.v.

⁹ Dniestrzański, *l.c.*, p. 4 (Pfaff-Hofmann, *Exkurse* I, p. 36 e.v.).

¹⁰ Vgl. daarover bijv. J.H.A. Lokin en W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Den Haag 2001³, p. 19 e.v. en 233 e.v. Zeiller schreef verder een leerboek geheten *Das natürliche Privatrecht*, Wenen 1808. Zie ook uitdrukkelijk diens *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, Bd 1, Wenen 1811, p. 65.

¹¹ Vgl. zijn *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Berlijn 1814, passim.

¹² Berger, *Kritische Beiträge zur Theorie des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Wenen 1856, p.

zette de zaak volledig op zijn kop en pleitte er voor bij de beslissing van rechtsvragen het natuurrecht en de 'natürlichen Rechtsgrundsätze' te vervangen door het Romeinse recht.¹³

Zelfs het gewoonterecht werd op den duur wel aangewezen als bron van de natuurlijke rechtsbeginselen,¹⁴ liever dan het natuurrecht. De hiervoor verantwoordelijke auteur, Dniestrzański, zag daarbij de rol van de rechter als die van de Romeinse praetor. De rechter diende de natuurlijke rechtsbeginselen toe te passen als ondersteuning van het burgerlijke recht, *adjuvandi iuris civilis gratia*, als aanvulling, *supplendi iuris civilis gratia*, en als correctie, *corrigendi iuris civilis gratia*. 'Die natürlichen Rechtsgrundsätze des § 7 ABGB verleihen also dem Richter eine dem römischen Prätor ähnliche Stellung'.¹⁵ Een dergelijke rol paste de moderne rechter. Rechters hadden altijd al dit doel nagestreefd en het was zelfbedrog de rechtspraak de rol van 'toten Anwendungsmaschine der Paragraphen' toe te bedelen.¹⁶ De opname van de bepaling over de natuurlijke rechtsbeginselen in het wetboek gaf de rechter de bevoegdheid, in sommige gevallen de rol van de wetgever over te nemen en zo te handelen, als de wetgever zou hebben moeten doen, als hij op dat ogenblik voor dat geval een regel had moeten opstellen. Deze opmerkingen werden opgeschreven in het jaar 1911, het jaar voor de invoering van het Zwitserse ZGB en zijn art. 1, en doen sterk denken aan de formulering van dat artikel. Dat zal geen toeval zijn.

Pisko trekt zelfs uitdrukkelijk de conclusie dat § 7 ABGB de regel bevat die later door het ZGB in zijn art. 1 is verwoord.¹⁷

3.

Terwijl de Oostenrijkse doctrine vooral poogde het natuurrecht te vervangen als bron van de natuurlijke rechtsbeginselen uit § 7 door een substituut - men kon moeilijk de desbetreffende passage geen enkele betekenis geven -, stond de Oostenrijkse rechtspraak een ander middel open om zich de gêne van het toepassen van het natuurrecht te besparen: zij kon de beginselen eenvoudig negeren. Paragraaf 7 biedt immers als eerste remedie tegen het bestaan van leemten in de wet de interpretatie naar analogie. Daarmee valt ook een eind te komen, zoals de rechters weten die het bij de interpretatie van hun wetboek

29. Vgl. Dniestrzański, *l.c.*, p. 5.

¹³ J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* I (1876⁴) § 11, p. 71, waar hij de invulling van leemten door het natuurrecht overbodig acht, omdat hij de rechtsanalogie toereikend vindt, en § 13, p. 83, waar hij voor de interpretatie van het wetboek, waaronder hij ook het gebruik van analogie verstaat, de theorie van het gemene recht tot hulpbron verheft: 'Bei vielen Lehren ist es nemlich unzweifelhaft, daß der Gesetzgeber sich die ganze damalige gemeinrechtliche Theorie aneignen wollte.'

Vgl. Dniestrzański, *l.c.*, p. 5.

¹⁴ Dniestrzański, *l.c.*, p. 14.

¹⁵ *L.c.*, p. 17 e.v.

¹⁶ *L.c.*, p. 19.

¹⁷ O. Pisko, in: H. Klang, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* I/1 (1933), p. 146.

moeten stellen zonder een bevoegdheid zoals § 7 ABGB en art. 1 ZGB die bieden. Vooral Gampl onderzocht de Oostenrijkse rechtspraak op toepassing van de natuurlijke rechtsbeginselen uit § 7. Zij kwam in 1977 tot de conclusie dat de natuurlijke rechtsbeginselen door de hoogste Oostenrijkse gerechtshoven 'bislang niemals zur Lückenfüllung herangezogen worden sind'.¹⁸

Het 'Oberste Gerichtshof', kortweg OGH, oordeelde op 2 maart 1915 nog wel dat de redacteurs van het ABGB onder de natuurlijke rechtsbeginselen hadden verstaan 'das viel umstrittene, von der neueren Rechtswissenschaft abgelehnte Naturrecht'.¹⁹ In plaats van het afgewezen natuurrecht zocht het een objectieve maatstaf die het positieve recht zou kunnen aanvullen. Die maatstaf werd gevonden in 'das zu einer bestimmten Zeit herrschende, von den logischen Denkgesetzen getragene Rechtsbewußtsein des Volkes'. Daarmee werd het onveranderlijke natuurrecht vervangen door een aan verandering onderhevige rechtsbron, zo men van een rechtsbron kan spreken in geval van het rechtsbewustzijn van een volk. Naast het al tot positief recht verheven rechtsbewustzijn werd het nog niet tot positief recht verheven rechtsbewustzijn gesteld.²⁰ Tot toepassing in de rechtspraak van dit rechtsbewustzijn van het volk als maatstaf kwam het, gelukkig, niet. 'Wat wil het volk? Niet veel goeds, dat is zeker', dichtte de Volksschrijver.²¹ Toch bleef kennelijk in de rechtspraak de behoefte bestaan morele beginselen te kunnen hanteren als strikte toepassing van de wet tot als onrechtvaardig ervaren uitspraken zou leiden. Paragraaf 7 werd daarbij niet tot nieuw leven gewekt, maar lid 1 van het zogeheten 'Kundmachungspatent' van het ABGB werd gebruikt als handvat. Daarin is namelijk sprake van de 'allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit'.²²

Het betrof een zaak waarin de eiser door 'einen dummen Scherz' – de gedaagde 'hatte sich spaßhalber auf den Kläger fallen lassen, als dieser in gebückter Haltung einen Gegenstand hinter einem Kasten hervorholen wollte' – een dubbele onderarmbreuk had gekregen.²³ De breuk heelde slecht, zodat telkens nieuwe operaties noodzakelijk bleken. De verzekeraar van de schadeveroorzaker bracht het slachtoffer er toe een voorgedrukt formulier te ondertekenen, waarin hij afstand bleek te doen van al zijn aanspraken tegen betaling van een bepaald bedrag. Toen nog weer een operatie nodig bleek, werden de onderhandelingen heropend en vroeg de verzekeraar aanvankelijk het medisch dossier van het slachtoffer op en verzocht hem om instemming met een medisch onderzoek. Terwijl de

¹⁸ I. Gampl, 'Die "natürlichen" Rechtsgrundsätze in der Höchstsgerichtsjudikatur der Republik Österreich', in: *Ex aequo et bono*, Willibald M. Plöchl zum 70. Geburtstag, Innsbruck 1977, p. 399 e.v. (cit. op p. 407), en dezelfde, 'Die "natürlichen" Rechtsgrundsätze in der Judikatur der k.k. Höchstsgerichte Österreichs', in *Festschrift Heinrich Demelius* (1973), p. 51 e.v.

¹⁹ Glaser-Unger, *Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofes*, Neue Folge, (GIUNF) 7335. Vgl. Mayer-Maly, *l.c.*, p. 854.

²⁰ Aldus Mayer-Maly, *l.c.*, p. 854.

²¹ Getuigenis (1983), in: G. Reve, *Verzamelde Gedichten*, Amsterdam 1987, p. 125.

²² Vgl. Mayer-Maly, *l.c.*, p. 855 e.v.

²³ *Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen* (SZ) 47/nr 104 (uitspraak van 7 oktober 1974).

onderhandelingen nog niet waren afgerond, beriep de verzekeraar zich echter op verjaring. De bepaling die hier van toepassing was, § 1502, maakte het onmogelijk bij voorbaat afstand te doen van een beroep op verjaring. Zodoende konden dus ook schikkingsonderhandelingen, zoals die hier gevoerd waren, geen invloed hebben op de verjaringstermijn. Er was dus geen leemte in de wet. Een dwingende wetsbepaling sloot duidelijk de verlenging van de verjaringstermijn uit.

Het OGH had wellicht door interpretatie een leemte in de wet kunnen scheppen en deze kunnen opvullen door toepassing van de natuurlijke rechtsbeginselen, maar dat deed dat niet, althans niet direct. Het beriep zich, zoals gezegd, op het Kundmachungspatent.

Die oft harten Konsequenzen des § 1502 ABGB müssen aber dort ihre Grenze finden, wo sie mit den tragenden und damit bei der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen immer zu berücksichtigenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes in Widerspruch geraten. Das Gesetz anerkennt nämlich sittliche Grundsätze ('allgemeine Grundsätze der Gerechtigkeit', Abs. 1 des Kundmachungspatents des ABGB vom 1. Juni 1811, JGS Nr. 946), die so allgemein anerkannt sind, daß es zu ihrer Anwendung keiner besonderen Gesetzesbestimmungen bedarf („natürliche Rechtsgrundsätze“: § 7 ABGB; „gute Sitten“: §§ 879, 1295 Abs. 2 ABGB...). Es wird daher z.B. die Einrede der Arglist allgemein für zulässig erachtet; sie beruht auf dem natürlichen Rechtsgrundsatz, daß niemand durch Arglist Rechtsvorteile erlangen darf. Der listige Schuldner, der den Gläubiger abgehalten hat, der Verjährung durch Einklagung oder nachher durch gehörige Fortsetzung des Prozesses vorzubeugen, darf sich daher auf die Verjährung nicht berufen...

Het middel dat het OGH hier van stal haalt om het probleem op te lossen is niets minder dan de Romeinsrechtelijke *exceptio doli*, of beter gezegd in dit geval de *replicatio doli*.²⁴ Het begrip natuurlijke rechtsbeginselen wordt dus, geheel en al in de geest van Unger, ingevuld met behulp van het gemene recht. Met behulp van de ongeschreven beginselen van het burgerlijk recht wordt de wet gecorrigeerd. Deze beginselen zijn er dus kennelijk ook *corrigendi iuris civilis gratia*.

Hier toont het OGH een merkwaardige houding ten opzichte van de natuurlijke rechtsbeginselen. Het verpakt het beroep op deze rechtsbeginselen in een groter pakket. De grondbeginselen van het burgerlijk recht zijn het uitgangspunt. Daaronder worden zedelijke beginselen verstaan, die ook wel als de algemene beginselen van rechtvaardigheid worden aangeduid. Het betreft hier beginselen die zo algemeen aanvaard zijn, dat er voor hun toepassing geen bijzondere wettelijke bepalingen nodig zijn. Als toepassingen van die categorie worden vervolgens genoemd de natuurlijke rechtsbeginselen en de goede zeden. In dergelijke overwegingen klinken natuurrechtelijke

²⁴ Vgl. over de 'Gegeneinrede der Arglist' en § 7 ABGB bijv. Bydliniski in: P. Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I* (Wenen 2000³), ad § 7. Zie voor een meer recente toepassing van het beginsel dat niemand door arglist rechtsvoordelen mag verwerven, *Juristische Blätter* 1995, p. 53 e.v., waarin een werkgever het uitoefenen van het retentierecht onmogelijk werd gemaakt door eigenmachtig wegnemen van de betreffende zaak.

gedachten door, of het OGH dat nu wil of niet. Wat precies het verschil is tussen al die beginselen blijft natuurlijk de vraag. Maar wat hiervan ook zij, in ieder geval doet het OGH hier een beroep op algemene rechtsbeginselen die buiten het positieve recht om gevonden moeten worden.²⁵ Welbeschouwd is het dus wel degelijk het natuurrecht dat het OGH hier toepast, zij het dat de inhoud ervan hier eenvoudig ontleend is aan het Romeinse recht.

4.

Over de wenselijkheid in het algemeen van het opvullen van leemten, of zelfs het corrigeren van het positieve recht, met behulp van een buitenpositiefrechtelijke rechtsbron is al veel geschreven. De 'Reine Rechtslehre' van Kelsen ging zelfs zo ver het bestaan van leemten in het recht te ontkennen. In werkelijkheid waren dergelijke gevallen door het recht wel degelijk geregeld en wel negatief. Wanneer geen algemene bepaling een bepaalde gedraging verbodt, was zij eenvoudigweg toegestaan. In werkelijkheid zou men van een leemte spreken daar waar het ontbreken van een bepaling door de rechtstoepasser als politiek ongewenst werd gezien.²⁶ Met bepalingen als § 7 ABGB, waarin het bestaan van leemten in de wet uitdrukkelijk wordt erkend, moet deze leer zelf met een wat omslachtige redenering afrekenen. Deze bepalingen bevatten een fictie. Die fictie houdt in dat het ontbreken van een rechtsregel, dat berust op een subjectief, moreel-politiek waardeoordeel, binnen een rechtsorde als een logische onmogelijkheid van zijn toepassing wordt voorgesteld.²⁷ Ga er maar aan staan. Eigenlijk had de bepaling zonder fictie moeten worden geformuleerd, aldus Kelsen. Ze zou dan moeten luiden: 'Wenn die Anwendung der geltenden Rechtsordnung nach der moralisch-politischen Anschauung des Gerichtes in dem ihm vorliegenden Fall unbefriedigend ist, kann das Gericht den Fall nach seinem Ermessen entscheiden.'²⁸ Dat is wellicht feitelijk wat er gebeurde in de Kundmachungspatent-uitspraak met zijn toepassing van algemene beginselen van rechtvaardigheid. In de zogeheten traditionele rechtswetenschap, die het recht als een gesloten systeem opvat, bestaan er echter geen logische problemen om leemten of veronderstelde leemten te vullen, hetzij door interpretatie, *lex semper loquitur*, hetzij door

²⁵ Vgl. Mayer-Maly, *l.c.*, p. 857. Anders I. Gampl, 'Auffassungsdifferenzen und Mißverständnisse um § 7 ABGB und den Begriff "positives Recht",' in: *Im Dienst von Kirche und Staat : in Memoriam Carl Holböck*, Wenen 1985, p. 627 e.v.

²⁶ H. Kelsen, *Die Reine Rechtslehre* (1960²), p. 251 e.v. Vgl. daarover bijv. F. Bydliniski, 'Gesetzeslücke, § 7 ABGB und die "Reine Rechtslehre",' in: *Privatrechtliche Beiträge*, Gedenkschrift Franz Gschnitzer, Aalen 1969, p. 101 e.v., i.h.b. p. 107.

²⁷ Kelsen, *o.c.*, p. 253. ('daß ein auf einem subjektiven, moralisch-politischen Werturteil beruhender Mangel einer bestimmten Rechtsnorm innerhalb einer Rechtsordnung als logische Unmöglichkeit ihrer Anwendung dargestellt wird.') Kritisch daarover Bydliniski, *l.c.*, p. 107 e.v.

²⁸ Kelsen, *o.c.*, p. 253.

toepassing van buitenwettelijke normen.

Of voor die buitenwettelijke normen het natuurrecht de aangewezen rechtsbron is, blijft de vraag. De Oostenrijkse doctrine en de oudere rechtspraak doen liever een beroep op beginselen die buiten de wet om door de rechtsgemeenschap zijn erkend: nog niet gepositieerd recht dus. Het gaat dan om het al genoemde 'rechtsbewustzijn van het volk',²⁹ waarvan men na 1945 niet meer zo veel hoort, of over de ook al genoemde 'allgemeinsten Wertprinzipien, die unserer Rechtsordnung zugrunde liegen',³⁰ of over de 'in unserer Rechtsgemeinschaft praktisch unbestrittenen sowie jene weit verbreiteten Wertungen, die erkennbar unserer Rechtsordnung zugrunde liegen'.³¹ Het voordeel van dergelijke interpretaties is dat dergelijke beginselen wellicht met meer zekerheid zijn vast te stellen en meer overtuigingskracht kunnen bieden.³² Het nadeel van een dergelijke bron voor de toe te passen beginselen is echter ook gelegen in het feit dat de heersende opvattingen er op enigerlei wijze voor worden benut. 'Man muß sich aber vor Augen halten, was alles an Ungeheuerlichkeit – vom Hexenwahn bis zum Rassenwahn – schon praktisch unbestrittene Überzeugung war,' aldus Mayer-Maly.³³ Bezien in dat licht zou een bovenwettelijke norm die onrechtvaardig recht terzijde zou kunnen stellen wenselijk zijn, maar of die bestaat blijft natuurlijk de vraag. In ieder geval is § 7 ABGB ooit aldus bedoeld geweest. Het tweehonderjarige ABGB is dan ook in die zin 'wahrlich eine aus naturrechtlichem Geist geschaffene Kodifikation'.³⁴

F. Brandsma

Boca Sami, Curaçao

²⁹ OGH, 2 maart 1915, in: Glaser-Unger, *Sammlung, von zivilrechtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofes*, Neue Folge, (GIUNF) 7335.

³⁰ Koziol-Welser, *o.c.*, p. 27.

³¹ Bydlinski, *l.c.*, p. 107, n. 12.

³² Vgl. Mayer-Maly, *l.c.*, p. 855.

³³ *L.c.*, p. 855.

³⁴ Mayer-Maly, *l.c.*, p. 862.